

**Inocuidad de los salarios de tramitación a efectos del reconocimiento de servicios previos.**

**Antonio V. Sempere Navarro**

*Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)*

**Resumen:** *Se discute si el tiempo durante el que se devengan salarios de tramitación puede considerarse equivalente a servicios prestados a efectos del reconocimiento de antigüedad, todo ello en el ámbito del empleo público. La cuestión exige combinar reglas de Derecho Administrativo (sobre reconocimiento de servicios previos), de Derecho del Trabajo (acerca de la naturaleza y devengo de los salarios de tramitación) y de Derecho de la Seguridad Social (cobro cotización y sus consecuencias) El Tribunal Supremo se inclina por rechazar la equivalencia de ese periodo al de servicios efectivos prestados, aunque un robusto Voto Particular disiente de esa solución.*

**Palabras clave:** *Salarios de tramitación. Ocupación efectiva. Servicios previos. Despido improcedente.*

**Abstract:** *It is discussed whether the time during which processing salaries are earned can be considered equivalent to services provided for the purposes of recognition of seniority, all in the field of public employment. The issue requires combining rules of Administrative Law (on recognition of previous services), Labor Law (on the nature and accrual of processing wages) and Social Security Law (payment of contributions and their consequences) The Supreme Court is inclined to reject the equivalence of that period to that of effective services rendered, although a robust Private Vote disagrees with that solution.*

**Keywords:** *Processing salaries. Effective occupation. Previous services. Unfair dismissal.*

---

## **I. Introducción**

El debate suscitado en esta ocasión puede resumirse fácilmente. Se trata de determinar si el tiempo posterior a un despido y durante el que hay condena al abono de salarios de tramitación puede equivaler al de efectiva actividad desempeñada, todo ello en el ámbito del empleo público, a efectos del ulterior reconocimiento de servicios prestados.

Como punto de partida debe recordarse que el devengo de tales salarios (junto con la cotización a la Seguridad Social) pretende llevar a cabo una recomposición del vínculo laboral ilegalmente finalizado por el empleador. Ahora bien, que así suceda no despeja la incógnita de si la equiparación de ese lapso a periodos de ocupación cotizada implica que también han de tomarse como equivalente al trabajo

desempeñado a los efectos de sumar experiencia y aumentar los derechos de promoción económica.

La confrontación de las dos tesis en cuestión aparece claramente en la resolución comentada; no solo casa la dictada por el Juzgado, sino que también cuenta con un Voto Particular. Al tiempo, se pone de relieve (una vez más) que las diversas instituciones jurídicas (aquí, el periodo de salarios de tramitación) pueden contemplarse desde perspectivas diversas y complementarias.

Desde estas elementales consideraciones, tiene mucho interés que nos asomemos al modo en que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo aborda el concreto tema avanzado.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** Sentencia.

**Órgano judicial:** Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**Número de resolución judicial y fecha:** Sentencia 334/2022 de 16 de marzo de 2022.

**Tipo y número de recurso:** Recurso de casación 1676/2020.

**ECLI:**ES:TS:2022:1099

**Fuente:** Cendoj.

**POnente:** Sra. Pilar Teso Gamella.

**Votos Particulares:** Sr. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo, al que se adhiere don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

### *1. Hechos y antecedentes relevantes*

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar las consecuencias de que quien ha prestado servicios laborales para la Administración y devengado (como consecuencia a de un despido improcedente) salarios de tramitación acceda, posteriormente, a un empleo estable (funcionario) e interese que el tiempo de referencia se considere como de efectiva actividad (reconocimiento de servicios previos).

Los hechos y antecedentes a tener en cuenta son del todo sencillos:

A) Con fecha 11 de febrero de 2004 la trabajadora inicia su prestación, en régimen laboral, para la Junta de Andalucía.

B) Disconforme con su cese (acaecido el 26 de noviembre de 2009), presenta demanda por despido y el Juzgado de lo Social dicta sentencia que se notifica el 18 de marzo de 2010 (confirmada en suplicación), optando la empleadora por el abono de la indemnización.

C) Posteriormente la trabajadora accede a una plaza funcionario de la propia Comunidad Autónoma e interese el reconocimiento de los servicios prestados en régimen laboral, incluyendo el tiempo en que había devengado salarios de tramitación.

D) La Administración (27 abril 2017) deniega la solicitud formulada de reconocimiento de servicios previos prestados como personal laboral para la misma Administración Pública. Sostiene que “los servicios prestados” ya habían sido

indemnizados en fase de ejecución de la sentencia que declaró el despido como improcedente. Se basa en el art. 1.2 RD 1461/1982.

### *2. Juzgado de lo contencioso.*

Mediante sentencia de 5 noviembre 2019 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 7 de Málaga estima el recurso interpuesto (rec. 558/2017) y declara el derecho de la actora a que se le sean reconocidos como servicios previos los prestados como personal laboral por todo el tiempo reclamado. Su argumentación crucial es la siguiente:

- Que la trabajadora percibiese la indemnización del despido improcedente no supone renuncia al derecho al reconocimiento de los servicios previos, renuncia que tampoco ha sido acreditada de ninguna otra forma y que, en todo caso sería muy dudosamente válida (artículo 6.2 del Código Civil).
- El art. 286 LGSS prescribe el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

### *3. Admisión del recurso contencioso-administrativo*

Mediante Auto de 13 de mayo de 2021 la Sección Primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2021:6335A) acuerda admitir a trámite el recurso preparado por la Junta de Andalucía y fija como cuestión de interés casacional determinar si resulta procedente, en el caso de reconocimiento de servicios previos prestados como personal laboral como consecuencia de sentencia judicial que declara el despido improcedente, el cómputo del período transcurrido hasta la notificación de la sentencia dictada en el procedimiento de despido o, por el contrario, dicho cómputo debe tener lugar hasta la fecha de cese.

## **IV. Posición de las partes**

### *1. Recurso de la Administración Empleadora*

La Administración recurrente sostiene que los servicios a los que se refiere la Ley 70/1978 son los servicios efectivos prestados. De modo que deben excluirse de tal reconocimiento aquellos servicios que no hayan sido prestados. Sin que pueda mezclarse, a estos efectos, la prestación del servicio con la cotización a la Seguridad Social, que tendría el carácter de ocupación cotizada a los efectos del artículo 286.6 del TRLGSS. Alega, además, que la extensión que hace la sentencia recurrida respecto de los servicios no prestados puede alargarse en función de vicisitudes posteriores, y ajenas, a la cesación de la prestación del servicio.

En definitiva, aduce que a los efectos de la Ley 70/1978 sólo pueden ser considerados como días de servicios efectivamente prestados, los transcurridos desde el inicio de la relación laboral hasta el cese efectivo de la misma, sin que puedan ser incluidos los días transcurridos más allá del cese y hasta que se dicte o notifique una sentencia judicial. La solución acogida por el Juzgado, en suma, estaría equiparando erróneamente un supuesto de servicios prestados con un supuesto de ocupación cotizada (que no de ocupación efectiva).

### *2. Oposición de la trabajadora (funcionaria).*

La parte recurrida alega que la naturaleza unilateral y la calificación jurídica del acto de despido, además de efectos no queridos a la parte afectada, produce el efecto extensivo en la interpretación de los servicios prestados. Por eso considera que el artículo 286.6 LGSS/2015 expresa una voluntad de protección al trabajador que ha sido objeto de un despido improcedente.

La Administración no puede legítimamente aprovecharse ni obtener ninguna ventaja (como sería el acortamiento del tiempo a computar como servicios anteriormente prestados) de un acto ilícito cometido por ella; es decir, del despido, que fue declarado improcedente por la jurisdicción social. En consecuencia, concluye, no es ajustada a Derecho la interpretación de la Administración.

## **V. Normativa aplicable al caso**

### *1. Ley 70/1978.*

Ley 70/1978, de 26 de diciembre, de reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública reconoce a los funcionarios de carrera de las diversas Administraciones “la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública” (art. 1.1).

Asimismo, aclara que “los derechos individuales de naturaleza económica que resulten de lo establecido por la presente Ley deberán ser computados por las respectivas Unidades o Jefaturas de Personal a instancia de parte, justificando ésta su pretensión mediante certificación acreditativa de los servicios prestados, que deberán extender las autoridades competentes haciendo constar los años, meses y días de servicios prestados” (DA Primera).

### *2. Real Decreto 1461/1982.*

El RD 1461/1982, de 25 de junio, dicta normas de aplicación de la Ley 70/1978, estando entre ellas las siguientes:

- A efectos de perfeccionamiento de trienios, se computarán todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualquiera de las Administraciones públicas citadas en el artículo primero de la Ley setenta/mil novecientos setenta y ocho, de veintiséis de diciembre, sea el que fuere el régimen jurídico en que los hubieran prestado, excepto aquellos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias (art. 1.Uno).
- No serán computables los servicios prestados en régimen de contratación administrativa o laboral cuando, al romperse el vínculo jurídico con la Administración y recibir la indemnización correspondiente, renunció el interesado a cualquier otro derecho que pudiera derivarse de tales servicios (art. 1.Dos).
- Cualquier período de tiempo de servicios que haya sido tenido en consideración para determinar pensión de cualquier naturaleza no puede ser nuevamente reconocido a los efectos previstos en la Ley (art. 1.Tres).

### *3. Estatuto de los trabajadores.*

A) Cuando acaece el despido (finales de 2009) y se notifica la sentencia (marzo 2010) la regulación sobre despido improcedente contenía las siguientes previsiones en el artículo 56.1 del ET/1995:

Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla:

a) Una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

B) Cuando la Administración dicta el acto administrativo sobre reconocimiento de servicios previos (2017), el artículo 56 vigente a partir de 2012 dispone lo siguiente:

1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

#### 4. Ley General de la Seguridad Social

A) En la fecha en que se produce el despido y se dicta la sentencia declarándolo improcedente el art. 209.6 LGSS/1994 disponía que “en los supuestos a los que se refiere el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos”.

B) Cuando la Administración dicta el acto administrativo sobre reconocimiento de servicios previos (2017), el artículo 268.6 LGSS/2015

En los supuestos a los que se refiere el artículo 56 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores el empresario deberá instar el alta y la baja del trabajador y cotizar a la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

En los supuestos a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior, el empresario (*que optó por la readmisión*) deberá instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido o extinción inicial, cotizando por ese período, que se considerará como de ocupación cotizada a todos los efectos.

## VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada<sup>[1]</sup>, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica y a que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la sentencia recurrida, posee una fundamentación tan básica como concluyente. Veamos sus pasajes fundamentales

### 1. Servicios “prestados”

La expresada Ley 70/1978 reconoce a los funcionarios de carrera la totalidad de los “servicios indistintamente prestados” por los mismos con anterioridad en las

Administraciones Públicas (artículos 1.Uno y 2.Uno). Esos servicios previos prestados han de ser, además, “*servicios efectivos*” según dispone en artículo 1.Dos de la misma Ley. Siendo indiferente, a estos efectos, que se hayan prestado en calidad de funcionario de empleo, eventual o interino, o en régimen de contratación administrativa o laboral, que es el caso examinado, toda vez que la funcionaria de carrera de la Administración autonómica pretende que se reconozcan sus servicios prestados con anterioridad como personal laboral en dicha Administración y antes de adquirir la condición de funcionaria de carrera.

Esta exigencia sobre la cualificación de los servicios, que hayan sido *prestados* y que se trate de servicios *efectivos*, se ve también confirmada por la disposición adicional primera de la misma Ley 70/1978, al advertir que la justificación de dicha prestación debe acreditarse mediante “certificación acreditativa de los *servicios prestados*, que deberán extender las autoridades competentes haciendo constar los años, meses y días de *servicios prestados*”. No se trata de servicios, por tanto, que hubieran debido prestarse o no, se trata de los servicios efectivamente prestados.

Esta insistencia de la Ley en relación con los servicios que han sido prestados, de modo que no puedan presumirse ni extenderse sin previsión legal expresa, también se reitera en el RD 1461/1982, que tiene la decidida finalidad, según expresa en su preámbulo, de resolver las “dudas en la aplicación de la citada Ley 70/1978”, por lo que se establecen unos criterios uniformes para el cómputo y valoración de los servicios que se han de reconocer. Criterios que, aunque no contemplan el caso examinado sobre el tiempo de duración del procedimiento judicial posterior ante la jurisdicción social, no puede interpretarse de modo contradictorio con la expresada Ley.

## 2. Finalidad del reconocimiento

El cómputo que diseñan la Ley 70/1978, y el Real Decreto de aplicación, tiene por finalidad valorar la experiencia de aquellos que ya hayan prestado servicios ante la Administración Pública, con independencia de la concreta Administración y del tipo de vinculación que, en este caso, fue como personal laboral. Y lo cierto es que esta experiencia únicamente se adquiere mediante el desempeño efectivo de la función, mediante esa prestación de servicios efectivos.

## 3. Sentido de la regla de Seguridad Social

La regulación contenida en la LGSS/2015, que constituye la “ratio decidendi” de la sentencia que se impugna, no proporciona cobertura, a los efectos del reconocimiento de los servicios previos ante la Administración, cuando tales servicios ya concluyeron, pues su prestación no fue más allá del cese de la relación. De modo que si no se han prestado tales servicios mal pueden ser considerados como servicios “efectivos”. Por tanto, las normas contenidas en el citado texto refundido, y en concreto en el artículo 268.6, lo que pretenden es la protección completa del trabajador, en este caso mediante la cobertura en la cotización durante el periodo en el que se abonan los salarios de tramitación que terminan con la decisión de la jurisdicción social. Se considera, en definitiva, que dicho periodo es una ocupación cotizada a todos los efectos relativos y previstos en el la LGSS, mediante una cotización que comprende todos los conceptos.

En todo caso, la LGSS no deroga, ni desplaza, ni interfiere en la aplicación de una Ley específica prevista precisamente para regular el reconocimiento a los funcionarios públicos de los servicios previos prestados con anterioridad en las Administraciones Públicas, como es la Ley 70/1978, cuya finalidad es tomar en consideración, como antes señalamos y ahora insistimos, la experiencia adquirida anteriormente que se deriva de los servicios previos prestados ante la Administración, y que tiene su correspondiente traducción económica a los efectos del cómputo de la antigüedad.

## VII. Parte dispositiva

Tras haber expuesto los argumentos indicados, y dejando de lado el tema de las costas procesales, la sentencia concluye estimando el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado:

- Estima el recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía, casando y anulando la sentencia de instancia.
- Resolviendo el debate originario, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la funcionaria y confirma el criterio acogido por la correspondiente Consejería de la Junta de Andalucía.

## VIII. Pasajes decisivos

El Fundamento Cuarto de la sentencia es el que alberga la respuesta frontal a la cuestión de interés casacional:

*En definitiva, los servicios en la Administración Pública, a tenor de la indicada Ley 70/1978 y Real Decreto 1461/1982, deben de haberse prestado de forma efectiva, y se prolongan hasta que se produce el cese de la relación de servicios, que tiene lugar, en este caso, por el cese por despido, en cualquiera de sus modalidades, con independencia de las actuaciones posteriores que se hayan podido seguir ante la jurisdicción social y del resultado de las mismas.*

## IX. Comentario

### 1. Un tema procesal

No puede dejar de advertirse que de las dos razones (independientes) que la sentencia del Juzgado esgrimió para justificar su decisión (que cobrar la indemnización no comporta renunciar a la toma en cuenta el tiempo de salarios de tramitación; que la LGSS equipara ese lapso temporal a periodos de ocupación) el recurso casacional solo afronta una de ellas.

Como queda expuesto, la Junta de Andalucía (invocando las expuestas normas) defiende que no cabe confundir “servicios prestados” con el supuesto de “ocupación cotizada u ocupación a los efectos de cotización (que no de ocupación efectiva)”, atribuyendo a la previsión establecida en el artículo 268.6 LGSS/2015 una naturaleza tuitiva de los efectos derivados del despido y solo a efectos de cotización y prestación por desempleo.

Desde esta perspectiva, bien podría pensarse que un recurso extraordinario que deja incólume una de las ratios decidenti de la resolución recurrida está abocado al fracaso<sup>[2]</sup>.

Cabe pensar (aunque el tema queda inédito en la sentencia examinada) que el presupuesto y finalidad que posee el recurso de casación en casos como el presente está en la base de esa relativa separación entre el planteamiento realizado ante la Sala Tercera y su margen de maniobra<sup>[3]</sup> al dictar la sentencia<sup>[4]</sup>.

Analógicamente, estaríamos ante un supuesto similar al que concurre con las sentencias dictadas por la Sala Cuarta del TS en unificación de doctrina. En principio, el Tribunal ha de limitarse a examinar las infracciones legales denunciadas, siendo imposible extender la decisión a la eventual corrección de las no invocadas, al tratarse de un recurso extraordinario; el órgano judicial no puede, de oficio, sustituir al recurrente en la fundamentación de las causas de impugnación de la sentencia recurrida. Pero cuando no coincida exactamente con la tesis mantenida en las sentencias contrastadas, es posible que aplique la doctrina correcta, pues «superado el requisito de la contradicción, es evidente que esta Sala no queda obligada a aceptar

una de las dos doctrinas formuladas por las sentencias comparadas», sino que «debe pronunciarse sobre la solución más ajustada a Derecho para el caso controvertido, que [...] establezca como doctrina unificada»<sup>[5]</sup>. Esta interpretación del papel que corresponde al TS cuando resuelve el recurso de casación unificadora ha sido considerada correcta por el Tribunal Constitucional, al destacar que tal proceder en manera alguna supone incongruencia, dada la naturaleza peculiar del recurso de casación para la unificación de doctrina: “Resulta claro que el Tribunal Supremo no tiene la carga de tener que optar por una de las dos opciones contrarias, pudiendo recrear una doctrina propia totalmente diferente de las mantenidas por los Tribunales inferiores, siempre que resuelva el debate planteado en suplicación” (STC 172/1994, de 7/Junio, FJ 3).

## 2. La selección de la norma aplicable

Al dar cuenta de las normas aplicables al caso (apartado V) queda evidenciado que el despido de que traen causa los salarios de tramitación es muy anterior a los importantes cambios introducidos en la materia por el RDL 3/2012 así como a la promulgación de los textos refundidos de 2015 para el ET y la LGSS.

Tal y como el VP pone de relieve, el contenido material de los diversos preceptos de la LGSS es similar, pero no sucede lo mismo con el del ET referido a los salarios de tramitación. Mientras antes de 2012 los salarios de tramitación eran consecuencia de la declaración de despido improcedente (sin perjuicio de que en determinada etapa pudieren neutralizarse mediante la consignación de su importe, en determinadas condiciones), a partir de ese momento solo surgen cuando la empresa opta por la readmisión. La Reforma laboral de 2012 introdujo cambios muy trascendentales en el despido disciplinario: con carácter general se suprimen los salarios de tramitación. Únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores que opta por ésta.

Sabiendo que la empleadora no optó por readmitir sino por indemnizar, y dejando al margen el eventual desajuste de esa voluntad con las previsiones del EBEP, hay que poner de relieve que la prolongación de los efectos del contrato de trabajo (materialmente extinguido por la empleadora) hasta el momento de la sentencia que declara su improcedencia constituye una opción legislativa relevante y coetánea con el momento en que se produce el despido examinado.

Sorprende que a lo largo del recurso y de la sentencia se realicen referencias al tenor de la norma del ET vigente después de las modificaciones de 2012 (en concreto, adoptando como texto el refundido de 2015).

## 3. Apunte sobre los salarios de tramitación.

A) El tema de su naturaleza es tan vidioso que la propia jurisprudencia varió su criterio, pues comenzó afirmando que los salarios de tramitación poseen naturaleza salarial y no indemnizatoria<sup>[6]</sup> y acabo sosteniendo que los salarios de tramitación no poseen naturaleza salarial, sino indemnizatoria o *sui generis*<sup>[7]</sup>. Se entiende que así deriva de su finalidad (compensar al trabajador del perjuicio que comporta no percibir sus retribuciones) y límite (compensación con otros ingresos): si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento<sup>[8]</sup>.

Indirectamente relacionado con esa tesis está el criterio de que el período durante el cual se devengan salarios de tramitación no puede considerarse como de prestación de servicios; así se desprende del carácter constitutivo del despido, la naturaleza indemnizatoria de los salarios de tramitación y la posibilidad de que no todo el tiempo de vinculación profesional compute a efectos de antigüedad<sup>[9]</sup>.

B) Dispone el ET que los salarios de tramitación se abonan al trabajador “hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia

y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”. Son muchos los criterios interpretativos auxiliares que se consideran válidos para aquilatar el alcance de esta obligación, en sus actuales términos:

- Los salarios de tramitación se deben desde el día del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia que declaró su improcedencia, y no hasta la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación extrajudicial<sup>[10]</sup>.
- El módulo regulador de los salarios es el que debe corresponder legalmente al trabajador al tiempo de la extinción y no el inferior que realmente viniera percibiendo, lo que implica la eventual aplicación retroactiva del convenio colectivo<sup>[11]</sup>.
- El trabajador temporal que es cesado improcedentemente antes de la expiración del plazo pactado tiene derecho a la indemnización por año de servicios, más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la que se pactó como término del contrato, aunque la calificación judicial de despido improcedente recaiga con posterioridad a ésta<sup>[12]</sup>.
- La empresa absuelta en instancia y condenada en suplicación ha de abonar los salarios de tramitación por el tiempo transcurrido hasta la notificación de la segunda sentencia<sup>[13]</sup>.
- Procede descontar de los salarios de trámite que debe satisfacer la empresa los emolumentos percibidos por el trabajador en el desempeño de un trabajo por cuenta ajena durante la tramitación del proceso de despido, no siendo atendible el argumento de que el trabajador podría haber compatibilizado ambos empleos al tener horarios distintos<sup>[14]</sup>.
- El descuento ha de realizarse en función del número de días en que se trabaja y no en función de la cuantía global percibida<sup>[15]</sup>.
- Cuando se acredita el empleo en otra empresa pero no el monto de lo percibido se presume que equivale al salario mínimo interprofesional<sup>[16]</sup>.
- La carga de prueba tanto de la prestación de servicios para otro empresario, como del importe de lo percibido en esa otra empresa, corresponde al empleador<sup>[17]</sup>.
- Los salarios de trámite se abonan únicamente hasta la fecha de la sentencia de instancia que extinguió el contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 50 del ET<sup>[18]</sup>.
- Si se solicita la aclaración de la sentencia, los salarios de trámite se extienden hasta la notificación del auto que aclara la misma<sup>[19]</sup>.
- Cuando son los trabajadores los que reclaman directamente al Estado, por insolvencia de su empleador, los salarios de trámite que excedan de 60 (ahora 90) días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda y el día en que la sentencia declaró la improcedencia del despido, corresponde a los trabajadores el *onus probandi* de los salarios percibidos en el nuevo empleo, aplicándose en caso contrario el descuento de la suma salarial total (y no meramente del salario mínimo interprofesional) que percibían en la empresa que los despidió<sup>[20]</sup>.
- Los salarios de tramitación en caso de despido improcedente de los trabajadores fijos discontinuos sólo se extienden hasta la fecha en que habría terminado la actividad cíclica que motiva el contrato<sup>[21]</sup>.
- No procede el descuento en los salarios de trámite del periodo en que el proceso estuvo suspendido para subsanar defectos en la demanda, aunque la solicitud fuera presentada por el trabajador, cuando en su actuación no se aprecia abuso de derecho y el alegato de indefensión de la empresa no queda justificado<sup>[22]</sup>.

- Los salarios de trámite se deben desde el día del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia que declaró su improcedencia, y no hasta la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación extrajudicial<sup>[23]</sup>.
- Procede descontar de los salarios de trámite que debe satisfacer la empresa los beneficios obtenidos como trabajador autónomo durante la tramitación del proceso de despido<sup>[24]</sup>.
- No procede efectuar descuento alguno en los salarios de trámite en el caso de ingresos derivados de una actividad por cuenta propia existente con anterioridad al despido<sup>[25]</sup>.
- Es posible que la empresa alegue, con éxito, la realización de otro trabajo (anterior al juicio) en fase de ejecución<sup>[26]</sup>.
- El mismo criterio es aplicable a la IT por la que haya atravesado el trabajador<sup>[27]</sup>.

C) Con la Reforma de 2012 los salarios de tramitación se suprimen con carácter general y únicamente se mantienen en los supuestos de nulidad, donde la readmisión es forzosa, en los casos en que la empresa opte por la readmisión (y readmita efectivamente) o cuando se trata de un representante de los trabajadores (sea cual sea su opción, conforme al artículo 56.4 ET). La justificación de la supresión de estos salarios se busca en varios argumentos:

- El tiempo de duración del proceso judicial no parece un criterio adecuado para compensar el perjuicio que supone la pérdida del empleo, máxime teniendo en cuenta que el trabajador puede acceder a la prestación de desempleo desde el mismo momento en que tiene efectividad la decisión extintiva.
- Los salarios de tramitación actúan, en ocasiones, como un incentivo para estrategias procesales dilatorias, con el añadido de que los mismos acaban convirtiéndose en un coste parcialmente socializado, dada la previsión de que el empresario podrá reclamar al Estado la parte de dichos salarios que exceda de 60 días.
- En caso de despido improcedente sin readmisión, la retribución en metálico del tiempo proporcional de vacaciones no disfrutadas se extiende sólo hasta la fecha del despido y no al período, que se corresponde con el percibo de los salarios de tramitación, entre esta fecha y la de notificación de la sentencia que reconoce la improcedencia<sup>[28]</sup>.
- Posee escasa coherencia que recaiga sobre la empresa el coste de un período intermedio en el que no hubo prestación efectiva de servicios ni readmisión posterior, por lo que no hay daño adicional que resarcir al trabajador.

D) Por otro lado, el artículo 57 ET prescribe que cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de cierto número de días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de tales salarios de tramitación “correspondiente al tiempo que exceda”. Así como precedentemente se fijaba en sesenta días hábiles el umbral de responsabilidad soportable por el empleador, el RDL 20/2012 eleva hasta noventa días hábiles el tiempo durante el cual ha de afrontar tal abono.

El plazo de 90 días es en realidad algo más duradero. La cuenta se comienza, no con el despido, sino con la presentación de la demanda (bien que, caso de sentencia estimatoria, los salarios de trámite arranquen de aquél). Se incluyen solamente los días hábiles (téngase en cuenta que en despidos el mes de agosto es hábil: LRJS, art. 43.4). En el proceso especial, instrumentado para reclamar al Estado, cabe establecer acontecimientos y circunstancias que implican una reducción de la responsabilidad pública (art. 119); curiosamente, se autoriza al Juez para que prive al trabajador de su

derecho «si se apreciase que en su actuación procesal (se refiere al pleito de despido) ha incurrido en manifiesto abuso de Derecho», supuesto de lo más extraño, pues -salvo la reclamación del obrero por insolvencia del empresario- será este último quien normalmente pague al trabajador y luego solicite el reembolso del exceso con cargo a las arcas públicas.

#### 4. Alcance de las normas interpretadas.

Para decidir si el periodo comprendido entre el despido y la fecha de notificación de la sentencia que lo calificó como improcedente debe considerarse como de servicios efectivamente prestados a todos los efectos y, por tanto, no excluidos a efectos de la Ley 70/1978 resulta imprescindible estar al tenor de esta norma.

A) La interpretación teleológica podría subrayar que el despido improcedente comporta una decisión unilateral del empresario que extingue ilegalmente la relación laboral y que el ET solo atiende a los perjuicios inmanentes al contrato terminado. Es claro el perjuicio sufrido por culpa del empresario que le había impedido continuar trabajando como consecuencia del despido declarado en la sentencia improcedente.

Desde esa finalidad, probablemente tiene razón la funcionaria cuando sostiene que hasta ese momento final debe considerarse que existió el vínculo jurídico-laboral al servicio de una esfera de la Administración Pública y que, como tal, debe computarse en la vida laboral del empleado.

B) La indemnización tasada del artículo 56.1 ET no atiende a la existencia de daños y perjuicios diversos a los derivados de la ilegal pérdida del empleo, de modo que difícilmente su percepción puede comportar que se haya renunciado de forma tácita a que el tiempo de salarios de tramitación se tome en cuenta a efectos de antigüedad.

C) La interpretación sistemática aconsejaría examinar si en los periodos de servicios certificados y computados se incluye, de modo pacífico, algún otro tiempo en que no haya habido efectiva prestación de actividad laboral pero sí cotización a cargo de la empresa, cual sucede en la incapacidad temporal.

D) Es verdad que el texto de la LGSS no resuelve la cuestión suscitada, pero sus referencias a que el periodo de salarios de tramitación constituye ocupación cotizada “a todos los efectos” tampoco juega en favor de la tesis acogida por la Administración.

E) La interpretación más flexible de las normas (preconizada en el VP) bien podría entroncar con derechos y valores constitucionales como el de la promoción profesional y económica.

## X. Apunte final

La jurisprudencia laboral viene manteniendo un largo debate acerca de los confines de los salarios de tramitación, bien que atenuado tras drástica reducción a partir de 2012. Que uno de tales ecos aflore ahora en el ámbito contencioso es la enésima prueba de que los compartimentos estanco casan mal con la unidad del ordenamiento.

El valor que tiene la sentencia comentada es que no atiende solo al tenor de las normas administrativas, sino que se adentra en el alcance de las reglas que imponen el deber de abonar salarios de tramitación y de cotizar por ellos. Se comparte o no su criterio, se trata de un buen enfoque metodológico.

---

## Referencias:

1. <sup>^</sup> En el mismo sentido, STS-CONT 349/2022 de 17 marzo, ECLI:ES:TS:2022:1158.

2. ^ El VP subraya esta circunstancia ("la impugnación deja incólume el argumento central de la sentencia, que era el que rechazaba la razón de decidir empleada por la Administración en vía administrativa: los servicios prestados durante el periodo reclamado y ya indemnizados") y aventura la conclusión ("pese a la doctrina que pudiera llegar a fijarse al responder a la cuestión de interés casacional, que sería ya irrelevante, procedería la desestimación del recurso de casación").
3. ^ El art. 86.1.II LJCA prescribe que en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos.
4. ^ Art. 93.1 LRJS: la sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos.
5. ^ Por topas, SSTS/SOC 14 julio 1992 (rec. 2273/1991), 11 febrero 2014 (rec. 323/2013), 23 junio 2014 (rec. 1257/2013, Pleno), 91/2020 de 31 enero (rcud.3166/2017) o 606/2020 de 7 julio (rcud. 544/2019).
6. ^ STS 7 julio 1994 (RJ 1994, 6351).
7. ^ SSTS 14 julio 1998 (RJ 1998, rec. 3482/1997) y 9 diciembre 1999 (RJ 1999, rec. 1116/99).
8. ^ Aunque esta doctrina posee el innegable valor de clarificar la cuestión, se echa de menos en ella una reflexión explícita y frontal acerca del papel que los salarios de tramitación poseen, de su finalidad, génesis y configuración dogmático-jurídica; quizá algo haya podido influir en esta carencia que la cuestión se abordase de forma previa a la determinación de si la empresa principal respondía de las cantidades adeudadas en tal concepto por la empresa contratista y que se tuviese cierta "prisa" por zanjar el tema e implicar a la primera en el abono de los dichos salarios, como una más de las "obligaciones de naturaleza salarial" (art. 42.2 ET).
9. ^ STS 21 octubre 2004 (RJ 2004, 7029).
10. ^ STS 25 junio 2013 (RJ 2013, 5747).
11. ^ SSTS 25 febrero 1993 (RJ 1993, 1441); 8 junio 1998 (RJ 1998, 5114).
12. ^ SSTS 29 enero 1997 (RJ 1997, 641; Sala general); 19 septiembre 2000 (RJ 2000, 8209); 10 marzo 2005 (RJ 2005, 3866).
13. ^ STS 30 septiembre 2003 (RJ 2003, 8562).
14. ^ STS 1 marzo 2004 (RJ 2004, 3398).
15. ^ STS 18 abril 2007 (RJ 2007, 3540)I).
16. ^ SSTS 2 junio 1992 (RJ 1992, 4511); 31 enero 1996 (RJ 1996, 490).
17. ^ SSTS de 10 octubre 2007 (RJ 2007, 8488) y 21 julio 2011 (RJ 2011, 6822).
18. ^ STS 18 febrero 2003 (RJ 2003, PROV. 118386).
19. ^ STS de 4 noviembre 2010 (RJ 2010, 8476).
20. ^ STS de 29 septiembre 2010 (RJ 2010, 7584).
21. ^ SSTS de 23 marzo 2011 (RJ 2011, 3565); 4 abril 2011 (RJ 2011, 3695) y 24 septiembre 2012 (RJ 2012, 10285).
22. ^ STS de 10 diciembre 2012 (RJ 2013, 1095).
23. ^ STS de 5 febrero 2013 (RJ 2013, 2859).
24. ^ STS 22 marzo 1999 (RJ 1999, rec. 2812/98).
25. ^ STS de 12 marzo 2013 (RJ 2013, 3650).

26. ^ *STS 5 mayo 2004 (RJ 2004, 4364).*
27. ^ *STS 24 mayo 2004 (RJ 2004, 5025).*
28. ^ *STS de 12 junio 2012 (RJ 2012, 8122).*